Begründet der Verkauf des Erfüllungsanspruches aus einem Vertrag, welcher nach § 306 BGB. nichtig ist, eine Haftung des Verkäufers?

Inaugural-Dissertation

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Karl Paech

Referendar

1936

Druck: Triltsch & Huther, Berlin O 27

1936/428

Referent: Geh. Just.-Rat Professor Dr. Kübler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung: Das Nichtleistenkönnen und seine grundlegende Regelung nach deutschem bürgerlichem Recht 5

I. Kapitel: Die Begriffe „Unmöglichkeit der Leistung" und „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" 7

§ 2. I. in ihrer geschichtlichen Entwicklung 7
1. im römischen Recht 7
2. im gemeinen Recht 7
3. nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches . . 8

§ 3. II. . . . und ihrer praktischen Anwendung 9
1. auf die Fälle der höchstpersönlichen Leistung des Schuldners 9
2. auf die Fälle der Nichtzumutbarkeit der Leistung . . 11

§ 4. Die Entscheidung über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung ist nicht begriffsgebunden . . . 15

II. Kapitel: Der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung . . . 17

§ 5. I. und seine gesetzliche Regelung vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches 17
1. im römischen Recht 17
2. im gemeinen Recht 17

§ 6. II. Die Ratio des Gesetzes im § 437 I B.G.B. 19
1. nach den Materialien 19
2. die Ansicht im Schrifttum und in der Rechtsprechung 20

§ 7. III. Der § 437 I B.G.B. enthält keine gesetzliche Gewährpflicht 24

§ 8. Ergebnis: Der Verkauf des Erfüllungsanspruches aus einem Vertrag, welcher nach § 306 B.G.B. nichtig ist, begründet keine Haftung des Verkäufers 28

Einleitung.

Das Nichtleistenkönnen und seine grundlegende Regelung nach deutschem bürgerlichem Recht.

§ 1.

Der § 241 S. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt, daß kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern, und gemäß § 242 B.G.B. hat der Schuldner die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

Ein jedes Schuldverhältnis charakterisiert sich demnach dadurch, daß dem auf der einen Seite bestehenden Recht des Gläubigers die Leistung zu verlangen, auf der anderen Seite die Pflicht des Schuldners, die Leistung zu bewirken, gegenübersteht. Diese Leistungspflicht des Schuldners wiederum läßt sich in der Weise genauer präzisieren, daß bestimmt ist, „wann", „wodurch" und „wo" ihre Erfüllung zu erfolgen hat. Uns interessiert die Frage, was sowohl aus dem Forderungsrecht des Gläubigers als auch aus der Leistungspflicht des Schuldners wird, wenn alle oder eines dieser die Leistungspflicht des Schuldners kennzeichnenden Momente nicht erfüllbar ist, d. h., es dem Schuldner nicht möglich ist, seiner Pflicht in dieser oder jener Hinsicht nachzukommen. Sind alle drei Momente nicht erfüllbar, so ist ohne Zweifel anzuerkennen, daß die Erfüllung für den Schuldner eine totale Unmöglichkeit bedeutet. Ist es dagegen nur das eine oder andere nicht, so kommt es darauf an, ob seinem Fehlen eine so überwiegende Bedeutung zukommt, daß man sagen kann, der Schuldner wird dadurch notwendig seiner Leistungspflicht nicht genügen können, die Leistung ist ihm unmöglich. Betrachten wir dabei noch den Zeitpunkt der Entstehung, so können wir zwischen der ursprünglichen und der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung unterscheiden, je nachdem die Leistung schon z. Zt. des Vertragsabschlusses unmöglich war oder erst später. Für den Fall der ursprünglichen Unmöglichkeit bestimmt der § 306 B.G.B. die Nichtigkeit des Vertrages, während die nachträglich eintretende Unmöglichkeit den Schuldner nur dann befreit, wenn er

[1]) so auch: Titze S. 53/54, 94, 212, 225; Kisch S. 27/28; Dernburg II § 61 S. 153; Titze: Recht d. Schuldverhältn. § 162 S. 42; Brodmann: Ehrenbergs Handbuch IV, 2 S. 224; Staudinger-W. § 306 Anm. 1c S. 401/402; Fischer-Henle-T. § 306 N. 1 S. 166; Warneyer § 306 II S. 586; von Bieler S. 4; R.G. im Recht 1921 Nr. 506; R.G.Z. 68/293; auch schon: Brinz Pandekten II § 245 S. 324; a.M. Krückmann Arch.Ziv.Prax. 101/107; R.G.R.K. § 306 Anm. 1 S. 514; Kohler II § 26 S. 68.

den Umstand durch den die Leistung unmöglich wird, nicht zu vertreten hat. (§ 275 I B.G.B.) Ist der Vertrag ein gegenseitiger, d. h. ist jeder der beiden Vertragskontrahenten sowohl Gläubiger als auch Schuldner des anderen, so bestimmt sich, wenn die Leistung dem einen Teile unmöglich geworden ist, die Leistungspflicht des anderen Teils nach den einschlägigen Bestimmungen der §§ 323 ff B.G.B.

Außer der Unmöglichkeit der Leistung schlechthin kennt unser Bürgerliches Gesetzbuch noch das Unvermögen des Schuldners zur Leistung, von dem außer im § 279 B.G.B. nur noch im § 275 II B.G.B. die Rede ist. Dort wird bestimmt, daß einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleichsteht. Im übrigen finden wir nirgends eine Erklärung dieser beiden Begriffe oder eine Kennzeichnung der Merkmale, durch die sich die „Unmöglichkeit der Leistung" von dem „Unvermögen des Schuldners zur Leistung", oder nach den von Savigny[2]) geprägten Ausdrücken, die „objektive Unmöglichkeit" von der „subjektiven Unmöglichkeit" unterscheidet. Eine Abgrenzung der beiden Begriffe voneinander ist aber um so notwendiger, als auch das Gesetz augenscheinlich verschiedene Rechtsfolgen daran knüpft, je nachdem sich das schuldnerische Nichtleistenkönnen als eine Unmöglichkeit der Leistung oder als ein bloßes Unvermögen des Schuldners zur Leistung darstellt. Das gilt speziell für das ursprüngliche Nichtleistenkönnen des Schuldners. Bei dem nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Nichtleistenkönnen ist gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 275 II B.G.B. das Unvermögen des Schuldners zur Leistung der Unmöglichkeit gleichgestellt. Einen wichtigen Anhalt für die richtige Abgrenzung beider Begriffe voneinander gibt uns die Entwicklung, welche sie durch die verschiedenen Rechtsordnungen genommen haben.

[2]) Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts Band I S. 384.

I. Kapitel.

§ 2.

Die Begriffe „Unmöglichkeit der Leistung" und „Unvermögen des Schuldners zur Leistung"

I. in ihrer geschichtlichen Entwicklung.

1. Allgemein[3]) führt man sie auf das römische Recht zurück. In L. 137 §§ 4, 5 Dig. de verb. oblig. 45,1 unterscheidet Venuleius zwischen der impossibilitas und der difficultas. Danach lag subjektive Unmöglichkeit als eine facultas dandi dann vor, „si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alii possibile sit, iure factam obligationem Sabinus scribit". Objektive Unmöglichkeit, die Venuleius mit dem Ausdruck „impedimentum naturale" bezeichnete, war dann gegeben, „si per rerum naturam stetit", und bei den obligationes faciendi: „quod natura fieri non concedit." An anderer Stelle[4]) finden wir dann auch für die auf ein dare gerichteten Obligationen, wenn sie auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet waren, die Nichtigkeit der Obligation ausgesprochen, während die lediglich subjektive Unmöglichkeit der Gültigkeit der Obligation regelmäßig nicht entgegenstand.

2. In dem gleichen Sinne hat auch das gemeine Recht die Fälle unmöglicher Leistung zu unterscheiden versucht, nur daß man sie zunächst alle unter den gemeinsamen Oberbegriff der „Unmöglichkeit" brachte und danach, wie insbesondere Windscheid,[5]) zwischen der „Unmöglichkeit" an sich" und der subjektiven Unmöglichkeit „als der Unmöglichkeit bloß für den Schuldner" unterschied. Ähnlich formuliert auch Mommsen,[6]) indem er unter objektiver Unmöglichkeit diejenige versteht, „welche ihren Grund in dem Gegenstand an sich hat", und unter subjektiver Unmöglichkeit diejenige, „deren Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältnis zu dem Gegenstand der Obligation liegt." Mommsen[7]) macht nur einen

---

[3]) Mommsen Beiträge S. 5; Savigny I S. 385; Titze S. 59; Kleineidam S. 13; Reinke S. 32/33; Richter S. 5; Rhode S. 16; Staudinger-W. Vorb. A I 2a) v. §§ 275 ff S. 253.

[4]) Gai 3, 97: „Si id, quod dari stipulamur tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio." (siehe bei Seckel-Kuebler S. 151.)

[5]) Windscheid: Pandekten II § 264 S. 92.

[6]) Mommsen: Beiträge S. 5; so auch Savigny I S. 384.

[7]) Mommsen: Beiträge S. 65.

Unterschied zwischen den Sachobligationen und den Obligationen, welche in einem Tun bestehen. Handelt es sich bei einer in einem Tun bestehenden Leistung um eine solche, welche der Schuldner nur persönlich zu bewirken verpflichtet ist, so sollen auch die sich auf die Person des Schuldners allein beziehenden Hindernisse eine objektive Unmöglichkeit begründen. Der von Mommsen gemachte Unterschied zwischen den Sachobligationen und den Obligationen, welche in einem Tun bestehen, zeigt schon, welche Schwierigkeiten es bereitet, sämtliche Fälle unmöglicher Leistung unter eine starre Formel zu bringen.

Eine andere Frage, nämlich, in welchem Umfange der Schuldner überhaupt verpflichtet ist, Hindernisse, die sich der Erfüllung entgegenstellen, zu beseitigen, hat sogar dazu geführt, daß es in der gemeinrechtlichen Literatur vielfach abgelehnt wurde, den dort verwendeten Begriff der subjektiven Unmöglichkeit allgemeingültig zu verwenden, vielmehr die Frage, ob eine Leistung möglich ist oder nicht, nach dem konkreten Sachverhalt zu entscheiden. So behauptet Hartmann,[8]) daß unter gänzlicher Fernhaltung der schiefen Vorstellung von der subjektiven Unmöglichkeit, direkt durch Untersuchung der speziellen obligationsbegründeten Tatsachen, insbesondere kraft Willensinterpretation festzustellen sei, in welchem Umfange und mit welchem Aufwand von Mitteln das Soll der Obligation auf die Hinwegräumung bestimmter rechtlicher (oder faktischer) Hindernisse sich erstreckt, die der wirklichen Erfüllung des Endzweckes im Wege stehen.[9])

Auch nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches haben gerade die Fälle der Nichtzumutbarkeit und der höchstpersönlichen Leistung des Schuldners erhebliche Schwierigkeiten bereitet und, wie weiter unten darzustellen sein wird, auch hier zu mannigfachen Angriffen auf die dort für die objektive und subjektive Unmöglichkeit verwendeten Begriffe geführt.

3. Wie wir gesehen haben, unterscheidet unser Bürgerliches Gesetzbuch zwischen „Unmöglichkeit der Leistung" und „Unvermögen des Schuldners zur Leistung", zwei Begriffe, von denen Titze[10]) behauptet, aus ihnen gehe, im Gegensatz zu den Worten objektive und subjektive Unmöglichkeit, mit ziemlicher Deutlichkeit hervor, „daß das unterscheidende Merkmal in der Frage liegt, ob die Leistung überhaupt, d. h. für jedermann unmöglich ist, oder ob sie sich als eine an sich mögliche, für den Schuldner aber unmögliche darstellt". Danach sei die Leistung objektiv unmöglich, die von niemandem, subjektiv unmöglich diejenige, die zwar von anderen, aber nicht vom Schuldner bewirkt werden kann. Titze geht demnach, worauf er

[8]) Hartmann: Die Obligation S. 199.

[9]) so auch Ubbelohde Arch.Ziv.Prax. 85 S. 120; Brinz: Pandekten II 1. Abteil. S. 123; H. A. Fischer: Jherings Jahrb. 37/298 ff.

[10]) Titze S. 59.

selbst hinweist,[11]) auf die schon im römischen Recht gebräuchliche Definition der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit zurück, wie sie auch von der gemeinrechtlichen Literatur übernommen worden war.[12]) Viele[13]) halten daher an der schon im gemeinen Recht vertretenen Auffassung fest, indem sie es als objektive Unmöglichkeit ansehen, wenn die Unmöglichkeit in der Natur der Leistung liegt, während subjektives Unvermögen dann gegeben sein soll, wenn ihr Grund in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners gelegen ist. Andere[14]) hingegen halten wie Titze objektive Unmöglichkeit dann für gegeben, wenn die geschuldete Leistung für jedermann unerbringlich ist, im Gegensatz zum bloßen subjektiven Unvermögen, wenn sie zwar nicht von dem Schuldner, wohl aber von einem Dritten bewirkt werden kann. Weiter geht noch Harff,[15]) indem er dahingehend formuliert, daß er sagt, Unvermögen liege vor, wenn der Schuldner nicht zu leisten vermöge, während nicht auch jeder andere aus dem gleichen Grunde zur Leistung außerstande sei, gleichgültig, ob dem Dritten ein anderes Hindernis im Wege stehe.[16])

An anderer Stelle[17]) wiederum hält sich Titze nicht an die von ihm gemachte Unterscheidung und behauptet, es könne überhaupt nicht von Wichtigkeit sein, daß neben dem Schuldner andere Leute zur Bewirkung der Leistung fähig oder unfähig seien, da die Obligation ein Rechtsband nur um die Person des Gläubigers und des Schuldners schlingt, der Gläubiger die Leistung auf Grund des Schuldverhältnisses nur von dem Schuldner, nicht auch von dritten Personen zu verlangen berechtigt sei, und erwägt, ob de lege ferenda eine Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit nicht entbehrlich sei.

§ 3.

II. . . . . und ihrer praktischen Anwendung.

1. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen die Leistung dem Schuldner unmöglich ist, es aber notwendigerweise auch auf die Leistungsmöglichkeit dritter Personen nicht ankommen kann. Als ein solcher Fall erscheint insbesondere derjenige, wo es auf die höchstpersönliche Leistung des Schuldners ankommt. Hier müssen, wenn wir die von Titze gegebene Definition zugrundelegen, objektive Unmöglichkeit und subjektives Unvermögen sich notwendig decken,

---

[11]) Titze a.a.O. S. 59.
[12]) Mommsen a.a.O. S. 1; Savigny I S. 384.
[13]) Biermann Arch.Ziv.Prax. 91/84; Kleineidam S. 13; Schollmeyer Anm. 2 vor §§ 275 ff S. 95; Crome II § 145 S. 34.
[14]) Kisch S. 9/10; Planck Vorb. III 1 vor §§ 275 ff S. 202, III 2 S. 205; Cosack I § 155 III S. 390; Goldm.-Lilienthal § 85 III 1 S. 332; v. Bieler S. 2/3; Reinke S. 32.
[15]) Harff a.a.O. S. 10, 39.
[16]) so auch Hamburger S. 153; Rhode S. 19.
[17]) Titze S. 70 ff.

obgleich die Leistung sich zunächst als eine an sich mögliche, nur für den Schuldner unmögliche darstellt. Da es aber auf die Leistungsmöglichkeit dritter Personen nach dem obligationsmäßigen Inhalt oder dem Willen der Parteien nicht ankommen soll, ist sie zugleich für jedermann unmöglich.[18]) Danach bezeichnet es Titze[19]) auch als eine objektive Unmöglichkeit der Leistung, wenn ein Künstler das von ihm verlangte Portrait nicht malen kann, weil eine Lähmung seines Armes eingetreten ist oder seine Augen die Sehkraft verloren haben.[20])

Gegen dieses Ergebnis wendet sich Staudinger,[21]) indem er zunächst darauf hinweist, daß es allein der auch von Titze gegebenen Definition des Unterschieds zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit zuzuschreiben sei, wenn ihre Vertreter bei den höchstpersönlichen Leistungen auf Schwierigkeiten stoßen. Staudinger stellt dem eine eigene Definition gegenüber und betrachtet es als eine objektive Unmöglichkeit, wenn die Erfüllungshindernisse außerhalb der Person des Schuldners liegen, im Gegensatz zur subjektiven Unmöglichkeit, dem bloßen Unvermögen, wenn die Erfüllungshindernisse in der Person des Schuldners gegeben sind. „Soll nun der Maler", so sagt Staudinger, indem er von dem von Titze gegebenen Fall ausgeht, „wenn sein Arm schon bei Vertragsschluß[22]) gelähmt war, nach § 275 B.G.B. von der Leistung frei sein, weil anfängliche objektive Unmöglichkeit vorliegt, oder soll er haften, weil nur anfängliches Unvermögen besteht?" Staudinger erkennt an, daß die Unmöglichkeit die Leistung zu bewirken, zweifellos für jedermann besteht, kommt aber unter Zugrundelegung der von ihm gegebenen Definition zu dem Ergebnis, daß der Schuldner haften müsse, da der Hinderungsgrund ausschließlich in seiner Person begründet liege und subjektives Unvermögen anzunehmen sei. So zutreffend dieses Ergebnis erscheint, so ergeben sich dagegen doch einige rechtliche Bedenken. Wenn der Schuldner schon bei Vertragsabschluß den Grund kannte, der ihn hinderte, die Leistung zu erbringen, so ist der Vertrag, wenn man der von Titze vertretenen Ansicht folgt, zunächst wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit gemäß § 306 B.G.B. nichtig. — Der § 275 B.G.B. ist hier überhaupt unanwendbar, da er nur die Fälle nachträglicher objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit regelt. — Dem Gläubiger steht dann nur ein Anspruch aus § 307 B.G.B. zu, wonach ihm der Schaden zu ersetzen ist, den er dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages ver-

---

[18]) Titze S. 67; Kisch S. 10; Kleineidam S. 11/12.

[19]) Titze S. 68 Anm. 16.

[20]) siehe auch Kleineidam S. 11; Schollmeyer Anm. 2 v. §§ 275 ff S. 95.

[21]) Staudinger Vorbem. A. I 2a) v. §§ 275 S. 254 ff.

[22]) Entsteht der Umstand, welcher das Nichtleistenkönnen des Schuldners herbeiführt, erst nach der Begründung des Schuldverhältnisses, so steht das nachträgliche Unvermögen des Schuldners zur Leistung, gemäß der Bestimmung des § 275 II B.G.B. der nachträglichen Unmöglichkeit gleich und befreit den Schuldner, soweit er ihn nicht zu vertreten hat.

traut hat. (Sogenanntes negatives Interesse.)[23]) Nimmt man dagegen mit Staudinger subjektives Unvermögen des Schuldners zur Leistung an, so hat das auf die Gültigkeit des Vertrages keinen Einfluß und der Schuldner haftet auf Erfüllung des Vertrages, bzw. der Gläubiger kann einen Anspruch auf Ersatz seines positiven Schadens geltend machen. (Sogenanntes positives oder Erfüllungsinteresse.)[24]) Eine besondere gesetzliche Vorschrift, wonach der Schuldner für sein anfängliches Unvermögen zur Leistung einzustehen hat, gibt das Gesetz nicht. Sie ergibt sich aber insbesondere aus einem Gegenschluß zu der Vorschrift des § 275 II B.G.B.[25]) Andere[26]) leiten sie aus einem argumentum e contrario zu der Bestimmung des § 306 B.G.B. her. Hat aber der Schuldner schon bei Abschluß des Vertrages den Grund gekannt, der ihn hinderte die Leistung zu bewirken, so entspricht es keineswegs der Billigkeit, wollte man den Vertrag als nach § 306 B.G.B. nichtig ansehen und den Gläubiger auf die Vorschrift des § 307 B.G.B. verweisen, nur, weil es sich um eine Leistung handelt, die vom Schuldner persönlich zu bewirken ist.[27]) Schon aus diesem Grunde verdient die von Staudinger vertretene Ansicht den Vorzug. Im Grunde bestehen zwischen den einzelnen Definitionen keine tiefgreifenden Unterschiede.

2. Weit schwieriger gestaltet sich die Untersuchung der Frage, ob wir im Einzelfalle objektive Unmöglichkeit oder bloßes subjektives Unvermögen des Schuldners zur Leistung anzunehmen haben, wenn wir darangehen festzustellen, welche obligationsmäßig auftretenden Hindernisse außerhalb und welche in der Person des Schuldners begründet liegen. Diese Frage hängt aufs engste zusammen mit der Frage nach der Zumutbarkeit der Leistung, d. h. welche Anstrengungen und Aufwendungen dem Schuldner zur Herstellung des erwarteten Erfolges zugemutet werden können. Wie wir oben[28]) gesehen haben, bereiteten schon im gemeinen Recht die Fälle nicht zumutbarer Leistung in ihrer Subsumption unter die dort vertretenen Definitionen erhebliche Schwierigkeiten, so daß es in der gemeinrechtlichen Literatur vielfach abgelehnt wurde, für die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit

---

[23]) Nach Jhering: Jherings Jahrbücher Band 4 S. 16; Staudinger Vorbem. A. II 1a) v. §§ 275 ff S. 260, Anm. II zu § 307 S. 408; R.G.R.K. Anm. 1 zu § 307 S. 516; Titze S. 97, 225; R.G.Z. 95/60.

[24]) So Staudinger § 306 Anm. 1b) S. 400; Enneccerus-L I 2 § 29 Anm. 2 S. 163; Crome II § 166 Anm. 25 S. 160; Oertmann § 306 Bem. 1b) S. 277; Planck Bem. 3 v. § 306 S. 323 ff.; Dernburg § 61 II S. 155; Krückmann Arch.Ziv.Prax. 101/128; R.G.Z. 69/357; a.M. Titze S. 248 ff.; Harff S. 112 ff.

[25]) Staudinger Vorbem. I 2a) v. §§ 275 ff. S. 254, § 306 Anm. 1b) S. 400; R.G.Z. 69/356; 81/61; Recht 1913 Nr. 321.

[26]) So Planck Bem. 3 z. § 306 S. 323; Siber Jherings Jahrb. 50 S. 323; Oertmann § 306 Anm. 1b) S. 228; Für Gültigkeit des Vertrages auch Titze S. 247; Hamburger S. 164; a.M. Dernburg II 1 § 60 II S. 151 ff.; Krahmer Gegenseitige Verträge S. 44.

[27]) Siehe auch Hamburger S. 164.

[28]) oben S. 8.

der Leistung allgemeingültige Normen aufzustellen.[29]) Die Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches hat diese Schwierigkeiten nicht beseitigt und auch hier vielfach dazu geführt, wenigstens de lege ferenda der Unterscheidung eine andere Gestalt zu geben.[30]) Im übrigen neigt die wohl herrschende Lehre dazu, in den Fällen unzumutbarer Leistung objektive Unmöglichkeit anzunehmen, oder wenigstens eine Haftung des Schuldners letztlich nicht zu begründen.

Die einen[31]) gehen dabei von der Erkenntnis aus, daß der Begriff der unmöglichen Leistung nicht nur diejenigen Fälle umfasse, bei denen feststeht, daß die Leistung notwendig oder logischerweise nicht erbracht werden könne, sondern auch diejenigen, in denen die Leistung nur unter solchen Anstrengungen und Aufwendungen seitens des Schuldners bewirkt werden könne, wie sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden könnten. Die Begründungen dieser Ansicht sind verschieden. So geht Titze[32]) davon aus, daß man einen Unterschied machen müsse zwischen dem philosophischen und dem juristischen Begriff der Unmöglichkeit. Was logisch unmöglich sei, werde zunächst auch immer juristisch unmöglich sein, nicht aber umgekehrt alles logisch Mögliche auch juristisch möglich erscheinen. Der juristische Begriff der Unmöglichkeit umfasse nämlich nicht nur diejenigen unmöglichen Leistungen, „deren Bewirkung gänzlich ausgeschlossen ist, sondern es fallen darunter auch solche, die an sich zwar prästiert werden können, deren Bewirkung aber ein solches Übermaß an Opfern erfordert, daß sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden darf".[33]) Titze beruft sich dabei auf die Bestimmung des § 242 B.G.B., wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Als Beispiel gibt Titze u. a. den Fall, daß ein Sänger, der einen Gastspielvertrag zu erfüllen hat, an dem Abend, an dem er auftreten soll, an das Totenbett seiner Mutter gerufen wird oder zum Begräbnis seines Vaters reisen muß. „Hier macht die mit der Rechtspflicht kollidierende sittliche Pflicht, bzw. das übermäßige Opfer, welches die Kindesliebe bringen müßte", so sagt Titze, „die an sich mögliche Leistung zur juristisch unmöglichen".

Andere[34]) stellen allein auf den Inhalt des Schuldverhältnisses

[29]) zit. oben S. 8 Anm. 8, S. 8 Anm. 9.

[30]) so Titze S. 72 ff. Anm. 19 u. S. 2 ff.; siehe auch Rabel in Festgabe f. Bekker S. 235.

[31]) Harff S. 16 ff.; Kisch S. 9; Kleineidam S. 14 ff. u. Jherings Jahrb. 43/108 ff.; Kohler II § 26 S. 69; Rabel in Festgabe f. Bekker S. 203; Staudinger Vorbem. A I 1 S. 249 ff. v. §§ 275 ff.; Titze S. 1; Wendt Arch.Ziv.-Prax. 100/139; R.G.Z. 57/118; H.R.R. 1930 Nr. 492; Seuff.A. 47/33 ff. (Nr. 20); R.G.Z. 65/34; 88/74.

[32]) Titze S. 2 ff; so auch: Staudinger Vorb. A. I 1a) vor 275 ff S. 25C.

[33]) Titze S. 2; so auch Staudinger Vorbem. A. I 1c) v. §§ 275 ff. S. 252 a. E.; R.G.Z. 22/81 ff.; 57/118; 65/34; siehe auch Biermann Arch.Ziv.Prax. 91/76 ff.; Dernburg II 1 § 60 II Anm. 2 S. 151.

[34]) Kleineidam S. 14 ff.; Kisch S. 12 ff. u. Krit. V.-Schrift 44/553 ff.; Planck Bem. 1 u. 2 z. §§ 279 ff. S. 234 ff.; auch Schollmeyer z. § 279 S. 106.

ab, aus dem sich insbesondere das Maß der dem Schuldner obliegenden Leistungspflicht und das Maß der dem Schuldner zuzumutenden Kraftanstrengungen ergibt.

Hiergegen wendet sich Krahmer.[35]) Er billigt allein die von Hartmann[63]) vertretene Ansicht, wonach Unmöglichkeit nichts sei als negative Notwendigkeit, Notwendigkeit des Nichtgeschehens, weist aber darauf hin, daß gegebenenfalls § 242 B.G.B. helfe.

Dem gegenüber wollen wieder andere die Nichterfüllung durch den Schuldner nur dann entschuldigen, wenn dem Schuldner eine Art Notstand zur Seite steht,[37]) und Endemann[38]) lehnt es überhaupt ab, die Fälle unerschwinglicher Leistung unter § 306 B.G.B. einzubeziehen. Nach seiner Ansicht würden dadurch die Begriffe Unmöglichkeit und Erfüllungspflicht in unzulässiger Weise miteinander vermengt. Außerdem entspreche es nicht der Billigkeit, daß ein Schuldner frei ausgehe, wenn er etwas versprochen habe, was er nicht leisten könne.[39])

Der hier im Schrifttum bestehende Streit ist letztlich darauf zurückzuführen, daß man sich nicht darüber einigen kann, wer in den Fällen nicht zumutbarer Leistung die Gefahr und damit den Schaden tragen soll. So macht Binder[40]) der hier als herrschend dargestellten Lehre den Vorwurf all zu großer Milde gegenüber dem Schuldner und behauptet, daß von Unmöglichkeit keine Rede sein könne, und daß es sich in Wahrheit darum handle, „eine konkrete Leistungspflicht aus Billigkeitsgründen zu negieren und diese Billigkeit aus Mangel an einem anderen Grunde in den Mantel der Unmöglichkeit des positiven Rechts einzukleiden."[41])

Ebenfalls abgelehnt wird die Anwendung des Unmöglichkeitsbegriffes auf die Fälle nicht zumutbarer Leistung von Krückmann.[42]) Wie Krahmer, so hält auch Krückmann an dem von Hartmann geprägten Begriff der allein logischen sogenannten negativen Notwendigkeit des Nichtgeschehens fest und betrachtet ihn als die unentbehrliche Grundlage einer jeden Erörterung über die Fragen des Unmöglichkeitsrechts. Demzufolge wendet er sich insbesondere gegen die von Titze vertretene Ansicht, daß man neben der Unmöglichkeit im logischen Sinne noch eine Unmöglichkeit im juristischen Sinne unterscheiden müsse.[43]) Allein auch Krückmann verkennt nicht, daß für die Frage, wann eine Leistung als unmöglich zu be-

---

[35]) Krahmer: Gegenseitige Verträge S. 39 ff.

[36]) Hartmann: Die Obligation S. 172.

[37]) Landsberg I § 92 I 6a) S. 312; v. Tuhr: Notstand im Zivilrecht S. 15 ff., S. 34.

[38]) Endemann I § 134 Anm. 8 S. 693.

[39]) Über die verschiedensten Ansichten siehe zusammenfassend bei Oertmann Vorbem. 3a) v. §§ 275 ff. S. 139 ff.

[40]) Binder: In Z.H.R. 52/601.

[41]) Binder a.a.O. S. 600.

[42]) Krückmann Arch.Ziv.Prax. 101/1 ff. u. Jherings Jahrb. 57/93 ff.

[43]) Krückmann: a.a.O. S. 60; so auch Presser in D.J.Z. 1923 S. 164/65.

trachten ist, nicht allein mathematische, logische Beweise maßgebend sind, vielmehr auch praktische Beweise entscheiden, die sich dann freilich auch als Beweise zwingender Logik darstellen können, es aber nicht müssen.[44]) Krückmann erkennt demnach an, daß über die Gesetze der Logik, sich die Erfahrungen des praktischen Lebens („praktische Vernunft") erheben; und um dem gerecht zu werden, soll dem Schuldner in den Fällen unerschwinglicher Leistung eine aufschiebende Einrede aus entgegenstehendem eigenen Interesse oder wichtigem Grunde zustehen.[45]) In dem von Titze gegebenen Fall, daß ein Sänger an das Totenbett seiner Mutter gerufen wird, will Krückmann diesem daher auch nur eine aufschiebende Einrede zugestehen, kommt aber mit Rücksicht auf die zeitliche Begrenzung, der die Leistungspflicht des Sängers unterliegt, zu dem Ergebnis, daß die Leistung durch Zeitablauf ohne Verschulden unmöglich geworden ist.[46]) Primär stehe dem Schuldner grundsätzlich aber nur die Einrede zu. Krückmann[47]) stützt seine Ansicht noch auf die folgenden gegen die herrschende Lehre gerichteten Bedenken:

Es könne der Fall eintreten, so meint Krückmann, daß der Schuldner die überobligationsmäßige Kraftanstrengungen erfordernde Leistung doch erbringe. In diesem Falle wäre der Gläubiger in der Lage die eigene Leistung zu verweigern, und zwar unter Hinweis darauf, daß der Schuldner eine unmögliche Leistung erbracht habe, eine solche sei aber nicht geschuldet worden, und der Vertrag nichtig gewesen. Ein Anspruch aus Vertrag sei daher nicht gegeben, und da auch ein Anspruch aus Delikt nicht in Frage komme, bleibe unter Umständen nur ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Ein solcher Anspruch scheitere aber am § 814 B.G.B., da der Schuldner die Nichtigkeit des Vertrages gekannt habe. Die Folge wäre, daß der Schuldner für seine Leistung keine Gegenleistung erhalten würde. Solchen Möglichkeiten dürfe man nicht Tür und Tor öffnen. Es sei daher nach seiner Meinung daran festzuhalten, daß auch die mit überobligationsmäßigen Schwierigkeiten verbundene Leistung die an sich geschuldete sei und bleibe. Geholfen werden könne dem Schuldner nur mittels eines ihm zustehenden Gegenrechts.

Dagegen ist mit Harff[48]) zunächst einzuwenden, daß einmal die Fälle äußerst selten sind, daß der Schuldner bei Kenntnis der darzubringenden Opfer auch den Fortfall der ihm obliegenden rechtlichen Pflicht kennt, und außerdem eine solche Leistung vom Schuldner wohl niemals erbracht wird, wenn die zu erwartende Gegenleistung die eigenen außerordentlichen Opfer nicht mindestens bezahlt macht. Weiterhin ist zu sagen, daß auch hier die praktische

---

[44]) Krückmann: a.a.O. S. 61.
[45]) Krückmann: a.a.O. S. 7, 30; auch Hamburger S. 150.
[46]) Krückmann: a.a.O. S. 9.
[47]) Krückmann: a.a.O. S. 13.
[48]) Harff S. 29 ff.

Lebenserfahrung lehrt, Verträge werden nicht geschlossen, um die dargebotenen Leistungen auszuschlagen, sondern um sie auszutauschen. Nimmt aber die eine Vertragspartei die von der anderen unter ganz außerordentlichen Opfern erbrachte Leistung an, um dann die eigene Leistung unter Hinweis auf die Nichtigkeit des Vertrages zu verweigern, so sorgt § 826 B.G.B. letztlich für einen gerechten Ausgleich.[49]) Daraus ergibt sich aber die Unbegründetheit der von Krückmann und mit ihm von Hamburger[50]) gegen die herrschende Lehre vorgebrachten Bedenken.

§ 4.

Die Entscheidung über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Leistung ist nicht begriffsgebunden.

Wenn wir das Gesagte noch einmal zusammenfassen, so sehen wir die Schwierigkeiten, sämtliche im Rechtsverkehr möglichen Fälle schuldnerischer Leistungspflicht nach einer allgemein gültigen und daher starren Begriffsbestimmung auf ihre Möglichkeit oder Unmöglichkeit hin zu entscheiden, und zwar so, daß sie in ihren Rechtsfolgen auch den Grundsätzen von Recht und Billigkeit entsprechen. Wenn wir uns dennoch einer im Schrifttum vertretenen Begriffsbestimmung angeschlossen haben, so geschah es nicht, um danach in logischer Folge zu entscheiden, sondern, um nach Würdigung der Umstände des Einzelfalles mit ihrer Hilfe nach Recht und Billigkeit zu entscheiden. Die Erörterung der Fälle, in denen Gegenstand des Schuldverhältnisses eine höchstpersönliche Leistung des Schuldners ist, haben gezeigt, daß es sehr wohl sein kann, daß eine Leistung, obwohl sie bei Nichtleistenkönnen des Schuldners an sich als nunmehr völlig unmöglich zu betrachten ist, dennoch dem bloßen Unvermögen des Schuldners zuzurechnen ist, lediglich, weil Recht und Billigkeit seine Haftung nach den dafür geltenden Grundsätzen gebieten. Nicht anders ist es in dem umgekehrten Falle der nicht zumutbaren Leistung. Die ohne Zweifel logisch mögliche Leistung wird hier so angesehen, als sei sie objektiv unmöglich, weil ihrem Bewirken Hindernisse entgegenstehen, deren Beseitigung dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden kann. Eine solche Entscheidung rechtfertigt sich aber aus den auch unserem Bürgerlichen Gesetzbuch nicht unbekannten Grundsätzen von Recht und Billigkeit, wie sie das Gesetz in die Worte „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" gekleidet hat. (§§ 157, 242 B.G.B.) Sie werden wir auch in den nun folgenden Erörterungen zu berücksichtigen haben.

Bisher handelte es sich immer darum, die Wirkungen des Nicht-

[49]) So mit Recht Harff S. 30.

[50]) Hamburger S. 154.

leistenkönnens auf die schuldnerische Leistungspflicht bei Sachleistungen zu untersuchen. Es fragt sich nun, ob und inwieweit die Entscheidung eine andere ist, wenn Gegenstand der Obligation nicht eine Sache oder sachähnliche Leistung ist, sondern der Schuldner sich verpflichtet hat, dem Gläubiger eine Forderung oder ein sonstiges Recht zu verschaffen. Im Rahmen der hier gestellten Aufgabe wäre die Frage etwa folgendermaßen zu formulieren: Sind die allgemeinen Begriffe der Unmöglichkeit der Leistung und des bloßen Unvermögens des Schuldners zur Leistung auch dann bei der Entscheidung über die Gültigkeit oder Nichtigkeit eines Vertrages zu berücksichtigen, wenn dieser den Verkauf des Erfüllungsanspruches aus einem Vertrage zum Gegenstand hat, der selbst wiederum nach § 306 B.G.B. nichtig ist?

II. Kapitel.

§ 5.

Der Verkauf einer nicht bestehenden Forderung

I. und seine gesetzliche Regelung vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Im römischen Recht hatte die Frage nach der Gültigkeit des Verkaufes einer nicht bestehenden Forderung eine eindeutige Regelung erfahren. Aus den Digestenstellen l. l. 4. 5. de her. vel actione vend. 18,4; l. 74 § 3 Dig. de evict. 21,2 geht eindeutig hervor, daß die römischen Juristen einen solchen Verkauf regelmäßig als gültig ansahen, den Schuldner für den rechtlichen Bestand („Verität") der Forderung haften ließen und dem Gläubiger einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zubilligten.

2. Die gleiche Entscheidung finden wir auch bei der überwiegenden Mehrzahl der gemeinrechtlichen Schriftsteller.[51]) So erklärt Mommsen,[52]) daß für den Fall, welcher sich auf den Verkauf von Forderungen bezieht, eine Ausnahme von der Regel der Nichtigkeit zu machen sei. Die Gründe, aus denen es dem Schuldner unmöglich sei, dem Gläubiger die Forderung zu verschaffen, wären so mannigfaltig und die zu treffenden Entscheidungen so verschieden, daß es nicht ratsam sei, die Grundsätze über die unmögliche Leistung zugrunde zu legen und danach zwischen den verschiedenen Fällen zu unterscheiden. So könne es sein, daß die Leistung unmöglich sei, weil die Forderung nie existiert oder zu existieren aufgehört habe, oder aber nur durch eine Einrede entkräftbar sei. Nur in den ersten beiden Fällen ließe sich eine wahre Unmöglichkeit behaupten, während es im letzteren der Wege manche gäbe, die Einrede zu beseitigen. Um diesen Unzuträglichkeiten in der Entscheidung der verschiedenen Fälle zu entgehen, so glaubt Mommsen, hätten auch die römischen Juristen eine solche Unterscheidung nicht gemacht.[53]) Dennoch will Mommsen die allgemeinsten Grundsätze dann angewendet wissen, wenn das angebliche Objekt der Forderung ein solches ist, dessen Leistung unmöglich ist.

Gegen diese von Mommsen vertretene Ansicht wendet sich Jhering.[54]) Er erkennt an, daß es auch hier Fälle gibt, bei denen

---

[51]) Windscheid: Pandekten II § 315 Anm. 4 S. 290; Mommsen: Beiträge S. 134; Römer: Leistung an Zahlungsstatt S. 101 ff.

[52]) Siehe zit. Anm. [51]).

[53]) So auch Hartmann: Die Obligation S. 179.

[54]) Jhering: In Jherings Jahrb. 4 S. 69/70 (Anm. 77).

objektive Unmöglichkeit der Leistung und damit Nichtigkeit des Vertrages anzunehmen ist, nämlich dann, wenn das als existierend gedachte Recht bzw. dessen Übertragung nicht bloß für den Verkäufer, sondern für jeden unmöglich ist. Als Beispiel gibt Jhering den Verkauf der Erbschaft eines Lebenden, den Verkauf von Lotterielosen nach der Ziehung, von Bannrechten, welche aufgehoben sind, usw. Anders dagegen, wenn das Recht, welches der Verkäufer sich beilegt, an sich existieren könnte, aber sei es überall nicht oder nur in seiner Person nicht existiert. Als Beispiel dafür nennt Jhering den Verkauf einer superficies, die der Verkäufer an fremdem Grund und Boden zu haben vermeint. Die Leistung desselben sei an sich möglich. Aus diesem Grunde sei es daher auch konsequent, wenn das römische Recht den Verkäufer einer nicht existierenden Forderung haften lasse.[55])

Eine von der im gemeinen Recht herrschenden Lehre abweichende Ansicht vertritt, soweit ersichtlich, nur Schliemann.[56]) Nach seiner Meinung ist der Vertrag wegen fehlenden Objekts nichtig, wenn die Forderung garnicht zur Existenz gekommen oder doch ipso iure durch Zahlung, Acception usw. aufgehoben ist. In diesen Fällen soll der Zedent nur auf Herausgabe desjenigen haften, was er für die Forderung erhalten hat, während er für den Fall, daß der bestehenden Forderung eine Einrede entgegensteht, für das Interesse nach Analogie der Haftung des Verkäufers einer res corporalis im Falle der Eviction haften soll.

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung wird diese Ansicht allgemein abgelehnt. So weist das Reichsgericht in einer Entscheidung[57]) darauf hin, daß diese Ansicht nicht den römischen Quellen entspreche. Diese stünden der Annahme entgegen, daß bezüglich der Haftung des Verkäufers der Forderung zu unterscheiden sei, ob die verkaufte Forderung nicht besteht oder ipso iure, z. B. durch Zahlung erloschen sei oder ihrer Wirksamkeit und rechtlichen Realisierbarkeit eine hindernde Einrede entgegenstehe. „Die Verbindung, in welche die l. 5. mit der l. 4. cit. gebracht wurden, ergibt vielmehr, daß in beiden Fällen der Verkäufer der Forderung dem Käufer auf das gesamte Interesse haftet, welches für diesen daraus entsteht, daß die abgetretene Forderung aus rechtlichen Gründen nicht realisierbar ist." Als einen weiteren Grund, den Verkäufer einer Forderung für deren rechtliche Realisierbarkeit und auf das Erfüllungsinteresse haften zu lassen, bezeichnet es das Reichsgericht, daß derjenige, welcher eine Forderung verkaufe, sich als berechtigter Gläubiger hinstelle und versichere, die verkaufte

[55]) Im Anschluß an die von Jhering gemachten Ausführungen hat Mommsen später seine Ansicht geändert. Erörterungen aus dem Obligationsrecht (2. Heft) S. 89 Anm. 4; siehe auch: Bechmann Kauf II S. 438, der an der von Mommsen vertretenen Ansicht festhält.

[56]) Schliemann: Die Haftung des Cedenten. S. 64.

[57]) R.G.Z. 8/109 ff.

Forderung zu haben und diese seine Erklärung zu vertreten habe, d. h. für die Wahrheit seiner Versicherung einstehen und für den Nachteil aufkommen müsse, welcher dem seiner Versicherung vertrauenden Käufer dadurch entstehe, daß dieselbe nicht den Tatsachen entspreche. —

II. Die Ratio des Gesetzes im § 437 I B.G.B.

1. Das geltende Recht bestimmt im § 437 I des Bürgerlichen Gesetzbuches, daß der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes haftet.

In den Motiven[58]) zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches heißt es dazu wörtlich: „Aus dem Grundsatz, daß das bloße subjektive Unvermögen des Schuldners die Gültigkeit des Vertrages unberührt läßt, beantwortet sich auch die, insbesondere in der Doktrin des gemeinsamen Rechts bestrittene Frage, ob ein Vertrag über die Veräußerung einer nicht existierenden Forderung nichtig ist. Der Schuldner hat gemäß der Vorschrift des § 298 dem Cessionar die Existenz der Forderung zu gewährleisten. — . . . . . Zu § 298 aber wird ausgeführt: „Die Vorschrift des § 298[59]) bestimt zunächst nur den regelmäßigen Ausschluß der Haftung für die Güte der Forderung. Sie setzt bei demjenigen, welcher sich durch Vertrag (oder einseitiges Versprechen) zur Abtretung einer Forderung verpflichtet, die Haftung für den rechtlichen Bestand der Forderung, gleichviel ob die Forderung nie bestanden hat, erloschen oder durch Einrede entkräftbar ist, voraus und regelt dieselbe nach Maßgabe der allegirten Vorschriften über die Gewährleistung des veräußerten Rechtes . . . . . Aus dem für anwendbar erklärten § 377 folgt aber insbesondere, daß, wenn das Recht des Dritten mit Erfolg geltendgemacht ist, der bisherige Gläubiger wegen eines Mangels in seinem Rechte dem neuen Gläubiger für das volle Interesse einzustehen hat."

Demgegenüber bemerken die Kommissionsprotokolle für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches[60]): „In der Sache sei an dem Standpunkt des Entwurfs im § 298 festzuhalten, daß der entgeltliche Veräußerer einer Forderung oder eines anderen Rechtes (Urheberrechtes etc.) dem Erwerber für den rechtlichen Bestand des Rechtes haftet. Um dies aber zu zweifelsfreiem Ausdrucke zu bringen, genüge nicht die Bestimmung des § 459, nach welcher der Verkäufer eines Rechtes dem Käufer das Recht zu ver-

[58]) Motive S. 125/126.

[59]) § 298 lautet: Wer sich durch Vertrag zur Abtretung einer Forderung verpflichtet, haftet dem neuen Gläubiger nur für den rechtlichen Bestand der Forderung. Auf diese Haftung finden die Vorschriften der §§ 370, 371, 373—377, 379, 380 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, daß als Dritter im Sinne der §§ 374—377 auch der Schuldner anzusehen ist.

[60]) Protokolle I S. 669; Denkschrift S. 88.

schaffen verpflichtet sei; denn diese Bestimmung beziehe sich nur auf den Verkauf eines bestehenden Rechtes. Für den Verkauf eines nicht bestehenden Rechtes liegt die Analogie des Verkaufs einer nicht existierenden Sache nahe, und diese würde zu der Folgerung führen, daß der Vertrag wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig sei. Der letzteren Ansicht müsse umsomehr entgegengetreten werden, als sie für das gemeine Recht sehr verbreitet sei und als Streitfrage fortbestehen würde."

Sowohl aus den Motiven wie auch aus den Protokollen ergibt sich demnach, daß das Gesetz den Standpunkt vertritt, daß dem Veräußerer einer Forderung eine Gewährpflicht dafür obliegt, daß die Forderung besteht.[61]) Die Motive gehen dabei von dem Grundsatz aus, daß subjektives Unvermögen des Schuldners ohnehin die Gültigkeit des Vertrages unberührt lasse und aus der Anwendung des § 298 erhellt, daß man auch in den Fällen, in denen der Schuldner die Forderung nicht zu verschaffen vermag, weil sie nie bestanden hat, erloschen oder durch Einrede entkräftbar ist, lediglich subjektives Unvermögen des Schuldners erblickt und danach die Haftung des Veräußerers für den rechtlichen Bestand bestimmt.[62]) Dagegen wenden sich die Protokolle gegen die Analogie der besonderen Vorschriften, wie sie für den Sachkauf bei Nichtexistenz der Sache gelten, und sehen in der Bestimmung des § 437 des Bürgerlichen Gesetzbuches eine dem Veräußerer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes obliegenden gesetzlichen Gewährpflicht.

2. Die Ratio des Gesetzes im § 437 B.G.B., wie sie hier in den Protokollen zum Ausdruck gebracht worden ist, wird auch vom Schrifttum in herrschender Ansicht vertreten. So führt Staudinger in einer Anmerkung zu § 437 B.G.B.[63]) aus, daß diese Regelung der Grundauffassung unterstünde, daß die Haftung des Verkäufers sich nach dem Gesichtspunkt der Gewährleistung für einen Mangel im Rechte gestalte (jedoch nicht im Sinne des § 459 B.G.B.)[64]) und nicht nach den Grundsätzen über Unmöglichkeit der Leistung einer nicht bestehenden Sache zu beurteilen sei. Der Verkäufer hafte bedingungslos für die rechtliche Realisierbarkeit der Forderung oder des sonstigen Rechtes und habe ohne besondere Zusicherung für den Rechtsbestand der Forderung oder des Rechtes aufzukommen, und zwar nach Art eines Garantieversprechens. Dabei beziehe sich die Haftung wegen Nichtbestandes der Forderung oder des sonstigen Rechtes gleichmäßig sowohl auf den Fall, daß die Forderung oder

[61]) So die Protokolle S. 448/449 ausdrücklich.

[62]) Die Motive gehen augenscheinlich von der Erkenntnis aus, daß auch die nicht bestehende Forderung sich doch stets begründen lasse, d. h., wenn Gegenstand des Veräußerungsvertrages eine Forderung ist, welche in Wirklichkeit nicht besteht, so könne sie doch regelmäßig begründet werden. Inwieweit § 298 anwendbar wäre, wenn auch das Sachobjekt nicht besteht, auf welches das Forderungsrecht sich bezieht, geht nicht eindeutig hervor.

[63]) Staudinger: § 437 Anm. I 1a) S. 57 ff.

[64]) Siehe auch: R.G.R.K. § 437 Anm. 1 S. 31.

das Recht aus einem tatsächlichen oder rechtlichen Grunde nicht entstanden war, wie auch auf den anderen, daß eines oder das andere bereits wieder erloschen sei.[65]) Auch hier sei der maßgebende Zeitpunkt für das Bestehen oder Nichtbestehen der Forderung oder des Rechtes der Abschluß des Kaufvertrages.[66]) Ist der Verkäufer der Forderung oder des Rechtes zu diesem Zeitpunkt nicht in der Lage die Forderung oder das Recht zu verschaffen, z. B. weil es in Wirklichkeit nicht besteht, so soll der Verkäufer gemäß § 437 B.G.B. in Verbindung mit § 440 B.G.B. dem Käufer auf das Erfüllungsinteresse haften.[67]) Aus diesem Grunde sei aber, so bemerkt Staudinger, der § 437 B.G.B. als eine Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 306 B.G.B. zu beurteilen, die sich aus praktischen und rechtspolitischen Gründen ergebe.[68])

Kleineidam[69]) begründet diese Annahme näher damit, daß er sagt, der Käufer der Forderung müsse sich auf die Angaben seines Verkäufers verlassen und habe keine Möglichkeit, sich vorher von der Existenz der Forderung zu überzeugen.[70])

Aus den gleichen Gründen erkennt auch v. Bieler[71]) die vom Gesetzgeber zu der allgemeinen Regel des § 306 B.G.B. gemachte Ausnahme an und glaubt sich damit in Gegensatz zu der Ansicht derjenigen stellen zu müssen, die auch hier die allgemeinen Regeln über die Unmöglichkeit und das bloße Unvermögen gelten lassen wollen und demzufolge die Anwendbarkeit des § 437 B.G.B. und eine Haftung des Schuldners nur dann anerkennen wollen, wenn der Schuldner zur Verschaffung der Forderung oder des Rechtes lediglich subjektiv unvermögend ist. (Die sogenannten Subjektivisten.)[72]) Im Zusammenhang damit weist v. Bieler[73]) auf die schon erörterten Ansichten von Jhering[74]) und die Motive[75]) hin. Nach deren Ansicht sei dann objektive Unmöglichkeit gegeben, und § 437 B.G.B. nicht anwendbar, wenn wegen Fehlens des Sachobjekts die Existenzmöglichkeit der Forderung nicht gegeben sei. Dagegen sei nach seiner Ansicht anzuführen, daß eine nicht bestehende Forderung doch ebensowenig bestehe wie eine nicht vorhandene körperliche Sache.

---

[65]) Staudinger: § 437 Anm. I 3 S. 59; siehe auch: Bendix Arch.Bürgerl.R. 32/327; R.G.Z. 68/293; 73/210; 111/298 ff.; R.G. im Recht 1910 Nr. 1509, 1925; L.Z. 1910 Sp. 464.

[66]) Staudinger: a.a.O. I 4 S. 59.

[67]) Staudinger: § 433 Anm. VIII 2b) S. 32; § 437 Anm. I 1a) S. 57; so auch: Oertmann § 437 Anm. 1b) u. Anm. 2 S. 542; R.G.Z. 73/211; 83/200; Jur. Rundschau 1925 Nr. 1622; Fischer-H.-T.: § 437 Anm. 3 S. 234.

[68]) Staudinger: § 437 Anm. I 1c) S. 57; Oertmann: § 437 Anm. 2 S. 542; Enneccerus-L. § 106 Anm. 4 S. 380; Planck: Bem. I 1a) z. § 437 S. 660.

[69]) Kleineidam: S. 161.

[70]) So auch: Hartmann Die Obligation S. 179/181; Bechmann: Kauf II § 239 S. 438/439.

[71]) v. Bieler S. 13.

[72]) v. Bieler S. 9.

[73]) v. Bieler S. 9 ff.

[74]) Jhering: zit. Anm. 54 S. 17.

[75]) Motive S. 177 ff.

Was aber nicht bestehe, könne auch nicht geleistet werden, selbst dann nicht, wenn es sich als bestehend denken ließe.[76]) Außerdem widerspreche es dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 157 B.G.B.), wenn der Käufer einer Forderung erst untersuchen müsse, ob der Pseudoschuldner willens und fähig sei, sich auf die spätere Begründung einer nicht existierenden Forderung einzulassen oder nicht. Im Ergebnis vertritt v. Bieler die Ansicht, daß eine Haftung aus § 437 B.G.B. nur bei objektiver Unmöglichkeit gegeben sei, während die Haftung wegen lediglich subjektiven Unvermögens sich aus den allgemeinen Regeln (§ 275 B.G.B.) ergebe.

Ähnliche Erwägungen finden wir auch bei Titze[77]), nur mit dem Unterschied, daß dieser zweifelsfrei anerkennt, daß Fälle denkbar sind, in denen bei Nichtexistenz des vom Schuldner an den Gläubiger zu übertragenden Rechts eine objektive Unmöglichkeit begründet ist ,weil außer dem Schuldner auch kein Dritter im Besitz eines solchen Rechts sein kann. Als Beispiel nennt Titze die Abtretung einer Forderung, die deshalb nicht existiert, weil sie ihrerseits wiederum auf eine objektiv unmögliche Leistung gerichtet ist. Im Gegensatz dazu soll lediglich subjektive Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen sein, wenn zwar die abgetretene Forderung nicht, wohl aber der Gegenstand, auf den sie gerichtet ist, existiert, also immer, wenn es sich um die Zession von nicht vorhandenen Geldforderungen handelt. Aus der gesetzlichen Bestimmung des § 437 I B.G.B. folge aber, so meint Titze, daß der auf die Übertragung eines nicht existierenden Rechts gerichtete Kaufvertrag unter allen Umständen, mag es sich um anfängliche objektive oder um anfängliche subjektive Unmöglichkeit handeln, gültig sei, und der Verkäufer einen Mangel in dem verkauften Recht zu vertreten habe.[78]) Als praktisches Beispiel eines an sich eine objektive Unmöglichkeit begründenden Rechts gibt Titze[79]) noch den Fall, daß jemand einem anderen die Überlassung eines ihm vermeintlich zustehenden Patentrechts verspricht, sein Versprechen aber nicht erfüllen kann, weil die Erfindung, um die es sich handelt, keine neue im Sinne des Patentgesetzes ist und damit eines patentrechtlichen Schutzes nicht fähig ist.

Dieser von Titze gegebene Fall ist um so erwähnenswerter, als auch das Reichsgericht sich wiederholt mit ähnlichen Fällen zu befassen hatte. In einem Urteil vom 10. 10. 1931[80]) handelte es sich kurz darum, daß der Beklagte dem Kläger durch Vertrag das Lizensrecht an einer von ihm zum Patent anzumeldenden neuen Sache verschafft hatte. Tatsächlich war die Sache wegen fehlender Neuheit eines patentrechtlichen Schutzes überhaupt nicht fähig. Der Kläger

---

[76]) So auch Kleineidam S. 159; Schollmeyer § 306 Anm. 4c) S. 153; Bechmann Kauf II § 239 S. 438.

[77]) Titze S. 64.

[78]) Titze S. 268.

[79]) Titze S. 64.

[80]) Abgedruckt in J.W. 1932 S. 1836/37.

verlangte nach § 437 I B.G.B. in Verbindung mit § 440 B.G.B. Ersatz des ihm entstandenen Schadens. Das Reichsgericht hat dahin entschieden, daß in dem vorliegenden Fall eine Haftung aus § 437 B.G.B. nicht in Frage komme, sondern, da es sich um einen von vornherein auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag handele, dieser nach § 306 B.G.B. nichtig sei. Das Reichsgericht begründet seine Entscheidung mit der Erwägung, daß der § 437 I B.G.B. seiner Entstehungsgeschichte nach[81]) nur die Anwendung der Grundsätze über den Verkauf einer nicht bestehenden Sache ausschließen, sich aber nicht auf den Verkauf eines Rechtes beziehen solle, dessen Entstehung objektiv unmöglich sei.[82]) In einer anderen Entscheidung[83]) handelte es sich darum, daß Gegenstand eines Einbringungsabkommens mit einer Gesellschaft m. b. H. ein Recht war. Dort wird ausgeführt, daß damit der Vertrag auf Verschaffung des Rechtes gerichtet war und auf ihn gemäß § 445 B.G.B. der § 437 B.G.B. anzuwenden sei. Nur für den Fall sei die Verschaffung des Rechtes eine objektiv unmögliche Leistung, wenn ein Recht des vereinbarten Inhalts überhaupt nicht bestehen könnte; denn wenn es nur tatsächlich nicht bestehe, oder dem Einleger nicht zustehe, könne höchstens subjektives Unvermögen vorliegen. Dieses Unvermögen mache den Vertrag nicht nichtig. Hierauf beruhe § 437 B.G.B., welcher bestimme, daß der Verkäufer — und nach § 445 B.G.B. jeder entgeltliche Veräußerer — eines Rechtes dem Erwerber für dessen rechtlichen Bestand hafte, woraus sich ergebe, daß der Vertrag beim Nichtbestehen des Rechtes nicht nichtig sei.[84])

Das Reichsgericht erkennt demnach an, daß der § 437 B.G.B. eigentlich keine Ausnahem zu den allgemeinen Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung darstellt, vielmehr eine Bestätigung dafür ist, daß subjektives Unvermögen den Vertrag nicht nichtig macht und den Schuldner haften läßt und zwar auf das Erfüllungsinteresse. Dem hat sich jetzt auch die überwiegende Meinung des Schrifttums angeschlossen.

So widerruft Staudinger[85]) ausdrücklich die von ihm in der Anmerkung zu § 437 B.G.B.[86]) aufgestellte Behauptung, daß § 437 B.G.B. eine echte Ausnahme zu der allgemeinen Regel des § 306 B.G.B. darstelle und erklärt, der § 437 B.G.B. beziehe sich nicht auf Rechte, deren Entstehung objektiv unmöglich sei, vielmehr nur auf die Fälle,

---

[81]) Protokolle I S. 669.

[82]) So auch: R.G.Z. 68/292 ff; 78/10; 90/244; R.G. in H.R.R. 1932 Nr. 311 u. 1933 Nr. 11; L.Z. 1908 S. 449 Nr. 28.

[83]) R.G.Z. 86/211 ff.

[84]) Das Reichsgericht beruft sich hier auf Mugdan II S. 575, wo ebenfalls ausgeführt ist, daß der § 437 B.G.B. gerade zu dem Zwecke aufgenommen worden ist, um klarzustellen, daß der Verkauf eines nicht bestehenden Rechtes nicht nach Analogie des Verkaufes einer nicht existierenden Sache als nichtig zu betrachten ist.

[85]) Staudinger: § 306 Anm. 2b) S. 405.

[86]) Staudinger: Anm. I 1a) zu § 437 S. 57.

in denen der Verkäufer das objektiv unmögliche Recht nicht besitze, also nur anfängliches Unvermögen vorliege. In diesem Sinne entspreche die Haftung des Verkäufers nach § 437 B.G.B. dem System des Gesetzes.[87])

Auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte[88]) will hier zwischen dem Recht, welches seiner Art nach überhaupt rechtlich nicht zur Entstehung gelangen kann, und demjenigen, welches in concreto lediglich nicht begründbar ist, unterscheiden. Im ersteren Falle greife nicht § 437 B.G.B., sondern § 306 B.G.B. Platz. Die Bedeutung des § 437 B.G.B. bestehe darin, daß er einen solchen Kauf über ein nicht schon bestehendes, aber zur Entstehung zu bringendes Recht nicht nur bedingt, sondern bereits unbedingt als abgeschlossen gelten und den Verkäufer für den Bestand des Rechtes oder der Forderung auf das Erfüllungsinteresse haften lasse; denn wenn auch das verkaufte Recht nicht vorhanden sei, so sei darum der Vertrag nicht nichtig. Der Verkäufer könne es noch begründen, wie er auch eine noch nicht vorhandene Sache, die er verkauft habe, noch herstellen könne. Nur wenn dies von vornherein unmöglich sei, sei auch der Vertrag nichtig.[89])

§ 7.

III. Der § 437 I B.G.B. enthält keine gesetzliche Gewährpflicht.

Wir meinen nun, daß damit die Ansicht, daß § 437 B.G.B. eine gesetzliche Gewährpflicht des Verkäufers einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes enthalte, nicht mehr haltbar, wenn nicht sogar rechtlich unmöglich ist. Zutreffend erkennt man allgemein an,[90]) daß auch neben § 306 B.G.B. eine besondere Garantieübernahme für die Möglichkeit der Leistung seitens des Schuldners, sei es ausdrücklich oder, wie dem Sachverhalt zu entnehmen, stillschweigend, möglich ist. In diesem Falle ist der Vertrag ungeachtet der besonderen schuldnerischen Garantie nichtig, und eine Haftung aus ihm nicht gegeben. Dann haftet aber der Schuldner seinem Gläubiger aus der Garantieübernahme und zwar auf das volle Erfüllungsinteresse. Diese Entscheidung kann aber bei Annahme einer gesetzlichen Garantiepflicht des Verkäufers einer Forderung oder eines Rechts im § 437 B.G.B. keine andere sein. Auch hier müßte der Verkäufer dem

---

[87]) So auch: Enneccerus-L. § 106 4) S. 381; Loewenwarter zu § 307 S. 127; Kress: Allg. Teil § 8 1 B. c) S. 117; Bes. Teil § 26 1 b) S. 3; Planck: § 437 Bem. 1 b) S. 660; R.G. in H.R.R. 1932 Nr. 311; O.L.G. Dresden in Sächs. Archiv 1907 S. 562; J.W. 08 S. 448.

[88]) R.G.R.K.: § 437 Anm. 1 S. 31.

[89]) R.G.R.K.: § 433 Anm. II S. 18.

[90]) Staudinger: § 306 Anm. 2 S. 405; Planck Bem. 2 a) z. § 306 S. 322; R.G.R.K.: 306 Anm. 1 S. 514; R.G. im Recht 1920 S. 370; Fischer-Henle-T.: § 306 Anm. 4 S. 166.

Käufer auf das Erfüllungsinteresse haften, obgleich sich ergibt, daß die Verschaffung des von ihm z. B. versprochenen Patentrechts objektiv unmöglich ist. Eine solche Entscheidung wird mit Recht von der herrschenden Lehre nicht gefällt.

Beachtlich sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Loewenwarter,[91]) der an einer Stelle ausführt, daß § 437 B.G.B. auch noch keine Ausnahme vom Grundsatz des § 306 B.G.B. darstelle, wenn man in ihm eine selbständige gesetzliche Garantie für den Fall der absoluten Beschaffungsmöglichkeit erblicke. Der Zusammenhang der Kaufvorschriften ergebe jedoch, daß die Garantiehaftung aus § 437 B.G.B. von der Gültigkeit des Kaufvertrages ausgehe, da die Vorschrift sich innerhalb der übrigen Kaufbestimmungen finde, welche sämtlich gültigen Kaufabschluß voraussetzen. Falls letzterer bereits aus einem allgemeinen Gesichtspunkt, weil z. B. gerichtet auf eine absolut unmögliche Leistung, nichtig ist, kann von einer Anwendung der Kaufregeln keine Rede mehr sein.[92])

Der allgemein entstehende Widerspruch zeigt sich besonders deutlich in den Bemerkungen, welche Planck zu § 437 B.G.B. macht.[93]) Dort weist Planck zunächst darauf hin, daß das Gesetz in dem Verkauf eine Garantieübernahme für den rechtlichen Bestand des Rechtes erblicke und fährt wörtlich fort: „Daraus allein, daß das Gesetz dem Verkäufer die Haftung für den rechtlichen Bestand des Rechtes auferlegt, folgt nun freilich nicht, daß der Verkauf eines nicht bestehenden Rechtes entgegen § 306 B.G.B. gültig ist, da die Gewährpflicht auch neben einem nichtigen Vertrage möglich ist."[94]) An anderer Stelle[95] dagegen wird ausgeführt: „Die Vorschrift des Abs. I ist jedoch nicht anwendbar auf den Verkauf einer Forderung, deren Entstehung rechtlich unmöglich . . . . . Hier greift vielmehr § 306 B.G.B. Platz."

Die aus der Ansicht der herrschenden Lehre allein mögliche Folgerung wird, soweit ersichtlich, nur von Heck gezogen. Heck[96]) will den § 437 B.G.B. in allen Fällen anwenden, indem er davon ausgeht, daß ja durch den § 306 B.G.B. die Wirksamkeit eines Garantievertrages nicht ausgeschlossen werde.[97]) So folgerichtig diese von Heck vertretene Ansicht ist, so ist ihr doch deswegen nicht zuzustimen, weil sie, wie ein einfaches Beispiel zeigen wird, zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen führt.

A. trifft den B. in Berlin und verkauft ihm den auf seinem Gut in Ostpreußen befindlichen Schimmel „Hektor". Die Übergabe soll bei Ankunft des Pferdes in Berlin erfolgen. Noch am gleichen Tage

---

[91]) Loewenwarter zu § 307 S. 127.
[92]) R.G.Z. 104/108; 105/350.
[93]) Planck: Bem. I 1 a) zu § 437 S. 660.
[94]) siehe Planck: Bem. 2 a) zu § 306 S. 322.
[95]) Planck: a.a.O. Bem. 1 b) S. 660.
[96]) Heck: Grundriß des Schuldrechts § 91 S. 286.
[97]) siehe auch: Heck a.a.O. § 46 S. 139 ff.

verkauft B. den Schimmel an C. und zwar durch Abtretung des ihm gegen A. zustehenden Forderungsrechtes auf Übereignung des Pferdes. In Wahrheit war, was A. nicht wissen konnte, der Schimmel bereits einige Tage vorher bei einem Stallbrand auf dem Gut des A. verbrannt. Der zwischen A. und B. geschlossene Kaufvertrag ist wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nach § 306 B.G.B. nichtig, und ein Anspruch des B. gegen A. nicht gegeben.[98]) B. hingegen müßte dem C. aus der gesetzlichen Garantiepflicht, die ihn nach § 437 B.G.B. trifft, auf das Erfüllungsinteresse haften, d. h. ihm unter Umständen den Gewinn ersetzen, den er aus einem eventuellen Weiterverkauf erzielt hätte. Ein solches Ergebnis ist aber unbillig. Dagegen ließe sich auch nicht einwenden, daß B. hier eine Sache weiterverkauft habe, bevor er sich selbst von ihrer Existenz überzeugte. Derartige Geschäfte sind im Rechtsverkehr durchaus an der Tagesordnung. Wir kommen aber zu einem gerechten und billigen Ergebnis, wenn wir der hier vertretenen Ansicht folgen und es ablehnen im § 437 I B.G.B. einen Fall gesetzlicher Garantiepflicht des Verkäufers einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes zu sehen. Wir behaupten vielmehr, daß zwischen den Fällen, in denen der Verkauf einer Sache oder sachähnlicher Leistung zum Gegenstand eines Vertrages gemacht ist und denjenigen, in denen es sich darum handelt, daß eine Forderung oder ein Recht verkauft ist, für die Frage, ob der Vertrag gültig oder nichtig ist, und wie sich die Haftung des Schuldners gestaltet, grundsätzlich keine Unterschiede zu machen sind. In beiden Arten von Fällen sind die allgemeinen Regeln über die Unmöglichkeit der Leistung gleichermaßen zu berücksichtigen. Auf unser Beispiel angewandt bedeutet es, daß der zwischen B. und C. abgeschlossene Abtretungsvertrag ebenfalls als nach § 306 B.G.B. nichtig anzusehen ist. Wir begründen diese Entscheidung, indem wir berücksichtigen, daß B. hier durch den außerhalb seiner Person liegenden Umstand, daß aus einem nach § 306 B.G.B. nichtigen Vertrag ein Erfüllungsanspruch nicht gegeben ist, gehindert wird, seiner Verschaffungspflicht zu genügen.

Anders wäre ein Vertrag zu beurteilen, durch den jemand den Erfüllungsanspruch aus einem im übrigen gültigen Vertrag verkauft hat, bei dem aber in Wahrheit nicht der Verkäufer, sondern ein Dritter Gläubiger des Anspruches ist. Hier steht zunächst soviel fest, daß der Abtretungsvertrag gültig ist, und der Verkäufer seinem Käufer gemäß § 437 I B.G.B. auf das volle Erfüllungsinteresse haftet;[99]) denn der Schuldner wird hier durch den allein in seiner

[98]) Der bestehende Bereicherungsanspruch des B. gegen A. wegen des gezahlten Kaufpreises soll hier außer Betracht bleiben.

[99]) Damit stimmen wir in gewisser Hinsicht mit Loewenwarter überein, der, wie oben (S. 25) dargestellt, behauptet hat, der Zusammenhang der Kaufvorschriften ergebe, daß die Garantiehaftung aus § 437 B.G.B. von der Gültigkeit des Kaufvertrages ausgehe und falls letzterer bereits aus einem allgemeinen Gesichtspunkt, weil z. B. auf eine absolut unmögliche Leistung gerichtet, nichtig ist, von einer Anwendung der Kaufregeln keine Rede mehr sein könne.

Person liegenden Umstand, daß er nicht Gläubiger des Anspruches ist, gehindert, seiner Verschaffungspflicht nachzukommen. Diese Entscheidung entspricht auch hier allein den Grundsätzen von Recht und Billigkeit, obgleich zuzugeben ist, daß der Anspruch, welchen der Schuldner zu verschaffen sich verpflichtet hat, tatsächlich nicht besteht. Der dabei zu berücksichtigende Umstand ist der, daß der Anspruch nur in der Person des Schuldners nicht gegeben ist, im übrigen aber besteht und dem Schuldner die Möglichkeit offen läßt, sich ihn zum Zwecke der Erfüllung zu verschaffen.

Nur für den Fall, daß sich herausstellen sollte, daß der Schuldner sich den Anspruch von dem wahren Gläubiger nicht verschaffen kann, weil dieser sich selbst verpflichtete, ihn nicht abzutreten, müßte die weitere Berücksichtigung dieses Umstandes dazu führen, daß der Vertrag wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nach § 306 B.G.B. als nichtig zu betrachten ist. Die Entscheidung über die Möglichkeit oder Unmöglichkeit einer Leistung ist eben nicht begriffsgebunden, sie richtet sich vielmehr nach den sie jeweils begleitenden Umständen und unterliegt der Berücksichtigung der Grundsätze von Recht und Billigkeit.

Wieder anders wäre daher der letztere Fall zu beurteilen, wenn der Schuldner seinem Gläubiger in Kenntnis der Tatsache, daß der wahre Gläubiger und der Drittschuldner die Abtretbarkeit des Erfüllungsanspruches durch Abrede ausgeschlossen haben, den Erfüllungsanspruch verkauft hätte. Die herrschende Meinung des Schrifttums würde hier zu dem Ergebnis kommen, daß der Kaufvertrag wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nach § 306 B.G.B. nichtig, und eine Haftung des Schuldners nur im Rahmen des § 307 B.G.B. gegeben sei, weil außer dem Schuldner auch kein Dritter — der wahre Gläubiger eingeschlossen — in der Lage sei, dem Gläubiger die Forderung zu verschaffen; oder man würde sich auf den von uns abgelehnten Standpunkt stellen, daß der Verkäufer dem Käufer aus der ihm nach § 437 I B.G.B. obliegenden gesetzlichen Garantiepflicht haften müsse. Wir behaupten dagegen, daß der abgeschlossene Abtretungsvertrag gültig ist, und der Verkäufer dem Käufer nach § 437 I B.G.B. auf das Erfüllungsinteresse haften müsse und zwar nicht aus der Erkenntnis heraus, daß der § 437 I B.G.B. eine gesetzliche Garantiepflicht enthalte, sondern, weil der § 437 I B.G.B. eine Spezialregelung des schuldnerischen Unvermögens innerhalb der besonderen Bestimmungen über den Kauf darstellt.[100]) Im Ergebnis stellen wir diesen Fall dem oben[101]) erörterten gleich, wo es sich darum handelte, daß ein Maler, wissend, daß eine Lähmung seines Armes eingetreten ist, sich verpflichtet hatte, ein Porträt zu malen. Dort wurde ausgeführt, daß der Vertrag gültig sei, und der Schuldner schon aus Billigkeitsgründen auf das Er-

[100]) Der Unterschied in der Entscheidung besteht in diesem Falle daher nicht im Ergebnis, sondern in der Verschiedenheit der Begründung.

[101]) Oben: S. 10 ff.

füllungsinteresse haften müsse. Mit den gleichen Erwägungen begründen wir die hier von uns getroffene Entscheidung und gelangen damit zu dem gleichen Ergebnis wie die herrschende Lehre durch die verfehlte Konstruktion einer gesetzlichen Garantiepflicht im § 437 I B.G.B.[102])

§ 8.

Ergebnis: Der Verkauf des Erfüllungsanspruches aus einem Vertrag, welcher nach § 306 B.G.B. nichtig ist, begründet keine Haftung des Verkäufers.

Im I. Kapitel unserer Untersuchungen haben wir die beiden verschiedenen Begriffe kenengelernt, durch die unser Bürgerliches Gesetzbuch die Fälle schuldnerischen Nichtleistenkönnens unterscheidet, und an die es verschiedene Rechtsfolgen knüpft, je nachdem dieses sich als eine Unmöglichkeit der Leistung oder als ein lediglich subjektives Unvermögen des Schuldners zur Leistung darstellt. Weiter sahen wir die Schwierigkeiten in der Anwendung der im Schrifttum vertretenen Definitionen beider Begriffe auf spezielle Tatbestände und zwar in ihrer Anwendung dergestalt, daß die im Ergebnis zu fällende Entscheidung auch den Grundsätzen von Recht und Billigkeit entsprach. Wir behaupteten daher, daß die Entscheidung darüber, ob eine Leistung unmöglich ist oder lediglich schuldnerisches Unvermögen vorliegt, sich in erster Linie nach diesen, auch im Gesetz anerkannten, Grundsätzen richte, und jede in der Theorie festgelegte Definition im übrigen nur den Wert habe, dem Richter als Handhabe für die Begründung seiner Entscheidung zu dienen. Die gleiche Erkenntnis veranlaßte uns in dem darauffolgenden II. Kapitel unserer Betrachtungen, eine zu der gesetzlichen Bestimmung des § 437 I B.G.B. weitverbreitete Ansicht abzulehnen und die Behauptung aufzustellen, daß in der Behandlung und Entscheidung der hier interessierenden Fragen, zwischen res corporales und res incorporales grundsätzlich kein Unterschied zu machen sei.

Nach dem Gesagten können Zweifel über die von uns zur Beantwortung der hier gestellten Frage zu treffende Entscheidung nicht mehr bestehen.

W i r e n t s c h e i d e n : Der Verkauf des Erfüllungsanspruches aus einem nach § 306 B.G.B. nichtigen Vertrage begründet keine Haftung des Verkäufers.

B e g r ü n d u n g : Der Vertrag, durch den der Erfüllungsanspruch aus einem nach § 306 B.G.B. nichtigen Vertrage verkauft wird, ist wegen anfänglicher objektiver Unmöglichkeit nach § 306 B.G.B. nichtig. Der Schuldner wird durch den außerhalb seiner

[102]) Zuzugeben ist, daß auch unsere Entscheidung einer Garantiehaftung sehr nahe kommt und zwar einer aus dem Sachverhalt sich ergebenden vertraglichen.

Person liegenden Umstand, daß aus einem nichtigen Vertrag ein Erfüllungsanspruch nicht hergeleitet werden kann, gehindert, die ihm obliegende Verschaffungspflicht (§ 433 I B.G.B.) zu erfüllen. Aus einem nach § 306 B.G.B. nichtigen Vertrag läßt sich ein Erfüllungsanspruch nicht herleiten. Ein Schadensersatzanspruch aber ist nur dann begründet, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 307 I B.G.B. erfüllt sind, d. h. der eine Vertragsteil muß bei Schließung des auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrages die Unmöglichkeit gekannt haben oder kennen müssen. In diesem Fall wäre er dem anderen Teil zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den dieser dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit des Vertrages vertraut hat, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches dieser an der Gültigkeit des Vertrages hat. Dieser Ersatzanspruch würde jedoch dann entfallen, wenn auch der andere Teil die Unmöglichkeit gekannt hat. (§ 307 I S. 1 B.G.B.)

Literaturverzeichnis.

Archiv für Bürgerliches Recht. (cit. Arch. Bürgerl. R.)
Archiv für die Zivilistische Praxis. (cit. Arch. Ziv. Prax.)
Bechmann: Der Kauf. 2. Teil. Erlangen 1884.
Bendix: Die Haftung für den Rechtsbestand von Rechten (Forderungen). Zur Auslegung des § 437 I B.G.B. In Archiv für Bürgerliches Recht Band 32 Berlin 1908.
v. Bieler: Ein Beitrag zu der Frage: Ist die Zession aus einem Rechtsgeschäft gültig, welches nach § 306 nichtig ist? Dissertation Heidelberg 1910. (cit. von Bieler).
Biermann: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht. In Archiv für Zivilistische Praxis Band 91 Tübingen u. Leipzig 1901.
Binder: In Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Band 52 Stuttgart 1902. (cit. Z.H.R.)
Brinz: Lehrbuch der Pandekten. Band II 1. Abteilung 2. Auflage Erlangen 1879.
Brodmann: In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. IV. Band. 2. Abteilung Leipzig 1918.
Coseck: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band 7. Auflage Jena 1923.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. II. Band Tübingen und Leipzig 1902.
Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Auflage Berlin 1896. (cit. Denkschrift.)
Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens. II. Band. 1. Abteilung. 4. Auflage Halle 1909.
Deutsche Juristenzeitung. 28. Jahrgang 1923. Berlin 1923.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. I. Band. 9. Auflage Berlin 1903.
Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. II. Band. 11. Bearbeitung (H. Lehmann) Marburg 1930.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (cit. R.G.Z.)
Fischer, H. A.: Vis. maior in Zusammenhang mit der Unmöglichkeit der Leistung. In Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Band 37. Jena 1897.
Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch (Handausgabe) 14. Auflage München 1932.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. I. Band. 2. Auflage Berlin 1903.
Hamburger: Das Recht aus der Haftung und die Unmöglichkeit der Leistung. Berlin 1915. (cit. Hamburger.)
Harff: Das ursprüngliche Unvermögen zur Leistung und seine grundsätzlichen Rechtsfolgen nach deutschem bürgerlichem Recht. Berliner Dissertation 1912. (cit. Harff.)
Hartmann: Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875. (cit. Hartmann: Die Obligation.)
Heck: Grundriß des Schuldrechts. Tübingen 1929.
Höchstrichterliche Rechtsprechung, Jahrgg. 1930, 1932, 1933. (cit. H.R.R.)
Jhering: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. In Jherings Jahrbuch Band 4. Jena 1861. (cit. Jherings Jahrb.)
Juristische Rundschau Jahrgg. 1925 (Beilage: Die Rechtsprechung).
Juristische Wochenschrift Jahrgg. 1908, 1932. (cit. J.W.)

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich entstehenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches. 7. Band. Heft 2 Jena 1900. (cit. Kisch.)
—, Über H. Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. In Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Band 44. Tübingen und Leipzig 1903. (cit. Kisch in Krit. V.-Schrift.)
Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Archiv für die Zivilistische Praxis. Band 91. Heft 1 Jena 1900. (cit. Kleineidam.)
—, Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des B.G.B. In Jherings Jahrbuch. Band 43. Jena 1910.
Kohler: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band II. Berlin 1906.
Kommentar der Reichsgerichtsräte. I. Band 8. Auflage. Berlin und Leipzig 1934.
II. Band 8. Auflage. Berlin und Leipzig 1934.
Krahmer: Gegenseitige Verträge. Halle 1904.
Kreß: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts. München 1928.
Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts. München und Berlin 1934.
Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß. In Archiv für die Zivilistische Praxis. Band 101 Jena 1910.
—, Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. 1. Beitrag. In Jherings Jahrbuch. Band 57. Jena 1910.
Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches von 1896. Ein dogmatisches Lehrbuch. 1. Hälfte Berlin 1904.
Leipziger Zeitschrift Jahrgg. 1908, 1910.
Loewenwarter: Lehrkommentar. II. Band. 2. Auflage Berlin 1928.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. Braunschweig 1853. (cit. Beiträge.)
Erörterungen aus dem Obligationenrecht. 2. Heft Braunschweig 1879.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Band II. Berlin 1896. (cit. Motive).
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band. Berlin 1899. (cit. Mugdan II).
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Abteilung Berlin 1928. (5. Auflage.) 2. Abteilung Berlin 1929. (5. Auflage.)
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Band: 1. Hälfte. 4. Auflage Berlin 1914.
II. Band: 2. Hälfte. 4. Auflage Berlin und Leipzig 1914.
Presser: In Deutsche Juristenzeitung Jahrgg. 1923.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Band Berlin 1897. (cit. Protokolle.)
Rabel: Unmöglichkeit der Leistung. In Festschrift für E. I. Bekker 1907.
Das Recht Jahrgg. 1910, 1913, 1920, 1921.
Reinke: Die allgemeinen Grundsätze über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung. Dissertation Rostock 1905. (cit. Reinke.)
Rhode: Die Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen nach deutschem bürgerlichem Recht. Dissertation Leipzig 1907.
Römer: Die Leistung an Zahlungsstatt nach dem römischen und gemeinen Recht. Tübingen 1866.
Sächsisches Archiv: Jahrgg. 1907.
Savigny: Das Obligationenrecht als Teil des heutigen Römischen Rechts. I. Band. Berlin 1851.
Schliemann: Die Haftung des Zedenten. 2. Ausgabe. Rostock und Schwerin 1850.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte München 1900.
Seckel-Kuebler: Gai Institutiones. Septima Editio 1935.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. 47. Band. München und Leipzig 1892. (cit. Seuff.A.)
Siber: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. In Jherings Jahrbuch Band 50. Jena 1906.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
II. Band: 1. Teil (§§ 242—432) 9. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1930. (Bearb. v. Werner.)
II. Band: 2. Teil (§§ 433—460) 9. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1930. (Bearb. v. Kober-Nipperdey.)
Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichem Recht. Leipzig 1900. (cit. Titze.)
—, Recht der Schuldverhältnisse. 4. Auflage 1932.
Tuhr: Der Nothstand im Civilrecht. (Habilitationsschrift.) Heidelberg 1888.
Ubbelohde: Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Archiv für die Zivilistische Praxis. Band 85. Freiburg und Leipzig 1896.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. I. Band. 2. Auflage Tübingen 1930.
Wendt: Die Exceptio doli generalis im heutigen Recht. In Archiv für die Zivilistische Praxis. Band 100. Tübingen 1906.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. II. Band. 9. Auflage. (Bearb. v. Dr. Th. Kipp.) 1906.